COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

Datum: 19 oktober 2015

De Minister van Veiligheid en Justitie
mr. G.A. van der Steur
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Excellentie,

Graag doe ik u hierbij het advies van de Commissie vennootschapsrecht toekomen over het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen.

Het voorstel voorziet in wijzigingen van het rechtspersonenrecht die tot doel hebben de structuur van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek te uniformeren en te verhelderen. Het voorstel beoogt een aantal voor de naamloze vennootschap (NV) en besloten vennootschap (BV) geldende regels te verplaatsen naar het algemene gedeelte van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waardoor deze gaan gelden voor alle in artikel 3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek genoemde rechtspersonen, te weten: de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, NV, BV en stichting. Sommige van deze bepalingen gelden ook (via schakelbepalingen) voor de Europese vennootschap (SE) en de Europese coöperatieve vennootschap (SCE). De regels omtrent de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in faillissement, thans geregeld in de artikelen 2:138 en 2:248 BW, worden verplaatst naar de Faillissementswet.

Daarnaast bevat het wetsvoorstel op enkele punten inhoudelijke wijzigingen. Een belangrijke wijziging is de invoering van een wettelijke grondslag voor de instelling van een raad van commissarissen (of raad van toezicht) bij verenigingen en stichtingen. Voorts wordt voor verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen het stelsel van bestuur en toezicht gelijkgesteld met het stelsel dat geldt voor NV's en BV's met betrekking tot (i) de uitgangspunten die bestuurders en toezichthouders bij de vervulling van hun taak in acht moeten nemen, (ii) de positie van bestuurders en toezichthouders die een belang hebben dat tegenstrijdig is aan dat van de rechtspersoon waarbij zij hun functie vervullen, (iii) de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders en (iv) de mogelijkheid tot instelling van een monistisch bestuurssysteem, waarin niet-uitvoerende bestuurders

toezicht houden op uitvoerende bestuurders (one-tier board). Ten slotte worden specifiek voor stichtingen de criteria vereenvoudigd op grond waarvan bij de rechter het ontslag kan worden verzocht van bestuurders die niet naar behoren functioneren en wordt de ontslagregeling van overeenkomstige toepassing op toezichthouders.

De Commissie maakt de volgende opmerkingen over het voorstel:

- De Commissie heeft waardering voor de degelijke en ambachtelijke wijze waarop het wetsvoorstel en de memorie van toelichting zijn vormgegeven en onderschrijft het aan het wetsvoorstel ten grondslag liggende streven naar meer uniformering van regels in het rechtspersonenrecht.
- De Commissie constateert dat het wetsvoorstel een geüniformeerde basisregeling voor alle rechtspersonen biedt die raakt aan sectorspecifieke regelgeving, zoals de regels voor het bestuur van pensioenfondsen, zorginstellingen en woningcorporaties. De Commissie adviseert om in de memorie van toelichting de verhouding tussen de basisregeling en de sectorspecifieke regelgeving nader te verduidelijken en pleit voor goede aansluiting van sectorspecifieke regels op de structuur van Boek 2 BW.
- De Commissie wijst erop dat het wetsvoorstel ook de SE en de SCE raakt. De Commissie adviseert hieraan in de memorie van toelichting expliciet aandacht te besteden, bijvoorbeeld ten aanzien van de verhouding van de voorgestelde regeling inzake tegenstrijdig belang en bestuurdersaansprakelijkheid met de EU-verordeningen betreffende de SE en SCE.
- De Commissie merkt op dat de flexibiliteit in bestuursmodellen bij verenigingen en stichtingen reeds bestaat, terwijl uit de memorie van toelichting de (onjuiste) indruk kan ontstaan dat het wetsvoorstel deze flexibiliteit eerst mogelijk maakt. De Commissie adviseert om de memorie van toelichting op dit punt aan te passen en sterker te benadrukken dat het wetsvoorstel niet beoogt aan de thans bestaande flexibiliteit in het verenigings- en stichtingenrecht afbreuk te doen, maar veeleer strekt tot het bieden van een duidelijke structuur en dat het wetsvoorstel bestaande modellen, bijvoorbeeld het bij stichtingen en verenigingen wel gebruikte model van een algemeen en een dagelijks bestuur, onverlet laat. Tevens adviseert de Commissie om in de memorie van toelichting in te gaan op voorbeelden uit de praktijk, bijvoorbeeld een vereniging met zowel een algemeen en dagelijks bestuur als een raad van commissarissen, zodat duidelijk wordt dat ook in een dergelijk geval een toezichthoudend orgaan kan worden ingesteld.
- De Commissie adviseert om de regeling in artikel 2:9 lid 8 BW inzake de raadgevende stem van bestuurders in de algemene vergadering, van aanvullend recht te maken. Op deze wijze kunnen rechtspersonen die geen behoefte hebben aan deze regeling, deze in de statuten uitsluiten of beperken. Dit draagt ook bij aan een efficiëntere besluitvorming buiten vergadering. Voorts merkt de Commissie op dat de raadgevende stem niet gelijk kan worden gesteld met het stemrecht in de zin van artikel 2:38 lid 3 BW, waarnaar – zo begrijpt althans de Commissie – lid 8 van artikel 2:9 BW bedoelt te verwijzen. De Commissie meent dat het lidmaatschap voor een bestuurder niet relevant is bij het uitoefenen van de raadgevende

stem. De Commissie adviseert derhalve om de tweede zin van lid 8 te schrappen. Hetzelfde geldt, mutatis mutandis, voor de regeling met betrekking tot de raadgevende stem van commissarissen in het voorgestelde artikel 2:11 lid 10 BW.

- De Commissie acht de voorgestelde regels inzake tegenstrijdig belang bij verenigingen en stichtingen goed werkbaar. Inmiddels is enige jaren praktijkervaring opgedaan met de regeling bij NV's en BV's. De Commissie juicht toe dat deze regeling, als één van de onderdelen van de Wet bestuur en toezicht, in 2016 zal worden geëvalueerd.
- De Commissie merkt op dat de criteria voor aansprakelijkheid in art. 2:9 BW bij onbehoorlijk bestuur en in art. 2:138/248 BW bij kennelijk onbehoorlijk bestuur inhoudelijk verwant zijn. De Commissie meent dat deze verwantschap wordt benadrukt indien de bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement in Boek 2 BW geregeld blijft. Dit komt ook de kenbaarheid van de regelingen ten goede. Verder wijst de Commissie erop dat de argumentatie in de memorie van toelichting in reactie op pleidooien voor het behoud van de faillissementsaansprakelijkheid in Boek 2 BW, inhoudende dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie bepaalt dat voor de karakterisering van een regeling niet haar plaatsing bepalend is, maar haar specifieke elementen, ook kan worden gebruikt om de regeling juist in het BW te behouden. Tevens wijst de Commissie erop dat in andere delen van het Koninkrijk de aansprakelijkheid in faillissement ook in het algemeen deel van het rechtspersonenrecht staat. Het behoud van de regeling in Boek 2 BW is dan in overeenstemming met het concordantiebeginsel. De Commissie adviseert om de voorstelde regeling in artikel 106a Faillissementswet te verplaatsen naar de algemene bepalingen van Boek 2 BW, bijvoorbeeld direct na de algemene regeling van bestuurdersaansprakelijkheid, en, voor zover aan dit advies geen gevolg wordt gegeven, om de verplaatsing van de regeling naar de Faillissementswet inhoudelijk nader te onderbouwen.
- De Commissie meent dat het onverkort toepassen van de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, niet proportioneel is ten aanzien van bestuurders en toezichthouders van kleine stichtingen en verenigingen, zoals een sport- of muziekvereniging. Dit kan ertoe leiden dat vrijwilligers huiverig worden om een bestuurs- of toezichtsfunctie te vervullen. De Commissie adviseert om de omkering van de bewijslast, neergelegd in artikel 106a lid 2 Fw, niet toe te passen op dergelijke niet-commerciële stichtingen en verenigingen. De Commissie adviseert voorts om de memorie van toelichting op het punt van de bestuurdersaansprakelijkheid nader te onderbouwen.
- De Commissie constateert overigens dat er voor niet-commerciële stichtingen en verenigingen verschillende begrippen worden gehanteerd in onder meer het aansprakelijkheidsrecht, het enquêterecht, het jaarrekeningenrecht en in de Handelsregisterwet. De Commissie adviseert om meer uniformering in deze begrippen te brengen, teneinde voor de praktijk te verduidelijken in welke gevallen een stichting of vereniging al dan niet als commercieel wordt beschouwd.
- De Commissie steunt de introductie van een nieuw criterium voor het ontslag van stichtingbestuurders in artikel 2:298 lid 1 sub a BW. De Commissie meent dat het

voorgestelde criterium "het belang van de stichting schaden" wellicht enger kan worden uitgelegd dan wordt bedoeld. Het moet immers, zoals de toelichting (p. 64) terecht vermeldt, gaan om "onbehoorlijk bestuur". De Commissie geeft daarom in overweging om voor de daar bedoelde ontslaggrond aan te sluiten bij de bewoordingen van artikel 2:161/271 lid 2 BW, op grond waarvan de Ondernemingskamer een individuele commissaris kan ontslaan. Dit zou betekenen dat een stichtingbestuurder door de rechtbank kan worden ontslagen : (a) wegens verwaarlozing van zijn taak, (b) wegens andere gewichtige redenen en (c) wegens ingrijpende wijziging van de omstandigheden op grond waarvan handhaving als bestuurder redelijkerwijs niet van de stichting kan worden verlangd.

- De Commissie constateert dat de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij in de memorie van toelichting (p. 4) worden beschreven als een bijzondere soort vereniging. De Commissie adviseert om deze omschrijving te nuanceren in de zin dat deze rechtspersonen in de systematiek van Boek 2 BW de interne structuur van een vereniging hebben, (met daarbij de kanttekening dat de SCE wordt gekwalificeerd als een bijzondere vennootschapsvorm). De Commissie wijst er voorts op dat de schakelbepaling van artikel 2:53a BW zonder nadere toelichting ertoe kan leiden dat een raad van commissarissen bij een coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij kan worden aangeduid als raad van toezicht conform het voorgestelde artikel 2:11 BW.
- De Commissie merkt op dat in de memorie van toelichting geen aandacht is besteed aan de suggestie die in de consultatie is gedaan om het enquêterecht uit te breiden naar alle stichtingen en verenigingen en adviseert om daar alsnog in de memorie van toelichting op in te gaan.
- Overige opmerkingen van louter technische aard staan in de bijlage.

Hoogachtend,

A. Hammerstein,
Voorzitter

Bijlage

Opmerkingen van louter technische aard:

- De Commissie adviseert om hetgeen is bepaald over coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen in artikel 2:9 lid 6, laatste zin, BW te verplaatsen naar de memorie van toelichting.
- De Commissie adviseert om, indien geen gevolg wordt gegeven aan het inhoudelijke advies inzake artikel 2:9 lid 8 BW, de verwijzing naar artikel 2:38 lid 4 BW te vervangen door artikel 2:38 lid 3 BW.
- De Commissie leest in de memorie van toelichting (p. 8) de stelling dat in onze tijd stichtingen veelal professionele organisaties waarbij juist veel betrokkenen een rol spelen. De Commissie wijst erop dat er ook veel niet-professionele stichtingen zijn.
- De Commissie leest in de memorie van toelichting (p. 43) dat de schorsing van bestuurders in artikel 2:11 lid 5 BW te allen tijde kan worden opgeheven door het orgaan dat of de persoon die bevoegd is tot benoeming, tenzij de bevoegdheid tot benoeming van de bestuurders bij de raad van commissarissen berust. De Commissie adviseert om deze laatste zinsnede in de wettelijke regeling vast te leggen. De Commissie adviseert voorts om in de toelichting te vermelden dat de schorsingsbevoegdheid niet geldt voor tijdelijke door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen, als uitzondering op de regel dat te allen tijde kan worden geschorst. Een dergelijk schorsingsbesluit is nietig, zie artikel 2:357 lid 3 BW.
- De Commissie wijst erop dat het voorgestelde art. 2:11 lid 9 BW (belet en ontstentenis commissarissen) niet wordt toegelicht. Volstaan zou kunnen worden met een verwijzing naar de toelichting op de vrijwel gelijkluidende regeling van art. 2:9 lid 8 BW (belet en ontstentenis bestuurders).
- De Commissie adviseert om in artikel 106a lid 7 Fw niet alleen te verwijzen naar artikel 2:356 BW (voorzieningen bij wanbeleid), maar ook naar 2:349a BW (onmiddellijke voorzieningen).
- De Commissie adviseert om aan de memorie van toelichting op artikel Z in de laatste zin op p. 56 aan de passage "— zoals bij de NV –" toe te voegen: 'met een volledig structuurregime', zodat zij komt te luiden: "— zoals bij de NV met een volledig structuurregime –". Hetzelfde geldt, mutatis mutandis, voor de toelichting op artikel PP inzake de BV.